



# VU Research Portal

## De omvang van de handhavingsbevoegdheid van de NMa in de zorg

Steyger, E.

### ***published in***

Markt en Mededinging

2005

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Steyger, E. (2005). De omvang van de handhavingsbevoegdheid van de NMa in de zorg. *Markt en Mededinging*, 4/5, 144-149.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# De omvang van de handhavingsbevoegdheid van de NMa in de zorg

Prof. mr. E. Steyger

Elies Steyger is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en advocaat bij Bird & Bird, Den Haag.

## Inleiding

Begin 2004 liet de NMa met een persbericht weten de zorg opnieuw als aandachtspunt te beschouwen.<sup>1</sup> De NMa houdt zich aan die belofte. Een aantal aanbiedersafspraken hebben in het afgelopen jaar de warme aandacht gekregen. Onder deze aanbiedersafspraken bevonden zich de samenwerkings- en waarnemingsafspraken van apothekers in Assen en Breda. In twee besluiten betreffende openingstijden van deze apothekers en toegang tot medische patiëntgegevens gedurende waarnemingsuren valt op dat de NMa een vrij vergaand standpunt inneemt over de wijze waarop de afspraken herzien moeten worden. Niet alleen moeten concurrenten de mogelijkheid krijgen met de gevestigde apotheken samen te werken; tevens moet de samenwerking verbreed worden om concurrentie te stimuleren. Daarmee houdt de NMa niet slechts toezicht op de *naleving* van de Mededingingswet, maar slaat zij een nieuwe richting in: de NMa gaat zelfstandig bepalen hoe de markt waarop zij toeziet eruit dient te zien.

In dit artikel worden twee besluiten van de NMa betreffende apothekersamenwerking besproken. Daarbij ga ik in op de vraag wat de bevoegdheden zijn van de NMa bij het afdwingen van een grotere concurrentie op markten. Verder bekijk ik of het feit dat de zorgmarkt een nog te liberaliseren markt is, bepalend is en mag zijn voor de wijze waarop de handhavingsbevoegdheid uitgeoefend wordt. Voorafgaand aan de analyse zal ik de besluiten bespreken. Het betreft de besluiten inzake de Dienstapotheek regio Assen<sup>2</sup> en de Stichting automatisering gezondheidszorg Breda.<sup>3</sup> Omdat deze nogal lang zijn, en niet gemakkelijk in een enkele overweging te vatten, besteed ik vrij ruime aandacht aan de inhoud. Dit omdat de besluiten bepalend kunnen zijn voor het toekomstige NMa-beleid in de zorg. In beide besluiten betreft het afspraken die zijn gemaakt betreffende toegang tot medische gegevens van patiënten.

## De besluiten

### Dienstapotheek regio Assen

In Assen maakt een aantal apotheken (hierna: de Apotheken) gebruik van een geautomatiseerd systeem voor het gecentraliseerd opslaan van patiëntgegevens, het OZIS-

netwerk. De deelnemers aan het systeem hebben toegang tot de patiëntgegevens van andere aangesloten apotheken. Aansluiting bij het netwerk geschiedt door het uitgeven van licenties; apotheken die zich willen aansluiten moeten voldoen aan de afspraken die binnen het netwerk zijn gemaakt. Deze afspraken betreffen primair de tijden waarop van het OZIS-netwerk gebruik kan worden gemaakt. Dat kan niet tijdens de reguliere openingstijden. Alleen de Dienstapotheek mag, ten behoeve van waarneming gebruikmaken van het netwerk. Gedurende de reguliere openingstijden kunnen de Apotheken alleen patiëntgegevens opvragen door middel van fax of telefoon.

Op 16 mei 2001 ontvangt de NMa een klacht over de afspraak van de Wilhelmina Apotheek. Deze meent dat de afspraak de concurrentie belemmert. De Wilhelmina-apotheek heeft een aanvraag tot een 24-uurskoppeling met het OZIS-netwerk gedaan, maar deze is geweigerd. De NMa constateert, na onderzoek, dat als gevolg van de afspraak de Apotheken aan elkaar en aan derde apotheken mogelijkheden onthouden te concurreren op dienstverlening. Volgens de NMa zijn met name de afspraken om geen gebruik te maken van het OZIS-netwerk gedurende de reguliere openingstijden en de afspraken betreffende de ter beschikking gestelde gegevens als concurrentiebeperkend aan te merken. De NMa beschouwt medicatiebewaking en efficiency bij de aflevering van medicijnen als belangrijke concurrentiemiddelen voor de Apotheken.

De Apotheken hebben bij zienswijze de volgende opmerkingen ingebracht. Volgens hen is de NMa onbevoegd een besluit te nemen, omdat deze haar bevoegdheid gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is verleend. De NMa zou het mededingingsrecht misbruiken om te bewerkstelligen dat zorgverleners moderne middelen gebruiken om te communiceren in het belang van de patiënt. Naar de mening van de Apotheken is het niet aan de NMa om aan zorgverleners eisen te stellen omtrent de onderlinge verstrekking van gegevens. Dat is een taak voor de wetgever.

Daarnaast wijzen de Apotheken op de beperkingen van het OZIS-netwerk. Zij stellen dat de afspraak met betrekking tot de openstellingsuren volstrekt normaal en proportioneel is in het kader van waarneming. De afspraak met betrekking tot de hoeveelheid patiëntgegevens die

1 Persbericht NMa van 23 januari 2004.

2 Besluit van 21 juni 2004, no. 2501-123 zoals gewijzigd bij besluit van 16 november 2004

3 Besluit van 15 november 2004, no. 3022-205.

via het OZIS-systeem verstrekt worden is gebaseerd op de technische mogelijkheden van het systeem. Ook is er geen closed shop: de Wilhelmina-apotheek heeft aangeboden gekregen om op dezelfde voorwaarden als de andere apotheken toegelaten te worden tot het systeem. De Wilhelmina-apotheek weigert dit. Voorts stellen zij dat de NMa zonder onderzoek en motivering aanneemt dat de concurrentie tussen de apothekers zal toenemen, wanneer gebruik kan worden gemaakt van het OZIS-systeem op de reguliere openingstijden, aangezien dan patiënten van apotheek zullen wisselen. Ook moet de NMa in concreto beoordelen of het niet kunnen verkrijgen van de economische voordelen met het OZIS-netwerk aan een goede toetreding op de markt in de weg staat.

De NMa stelt in haar motivering van het besluit dat aansluiting bij het OZIS-netwerk concurrentiebevorderend werkt, omdat de Apotheken in de vorm van medicatiebewaking, patiënten die elders zijn ingeschreven dezelfde service kunnen bieden als de eigen apotheek. Dit concurrentieverhogende karakter leidt er toe dat de afspraak betreffende de tijd dat van het OZIS-netwerk gebruik kan worden gemaakt, concurrentiebeperkend is, omdat de Apotheken zich jegens elkaar verbinden met betrekking tot de wijze van bedrijfsvoering. Zij hebben collectief afgezien van de mogelijkheid hun dienstverlening te verbeteren tijdens de reguliere openingstijden. Hiermee bepalen de Apotheken niet zelf hun ondernemingsbeleid, maar vindt er een mate van afstemming plaats die mededingingsbeperkend is aangezien de normale onzekerheid over het gedrag van concurrenten verdwijnt.<sup>4</sup> Deze concurrentiebeperking klemmt temeer in een markt waar de marktstructuur star is en prijsvorming nauwelijks een concurrentieparameter vormt.

Daarnaast werpt de afspraak met betrekking tot de openingstijden van het OZIS-systeem een drempel op voor nieuwkomers. Dit omdat nieuwkomers die een eigen klantenkring moeten opbouwen gedurende de gebruikelijke openingstijden voor elke bij een andere apotheek ingeschreven patiënt, de medicatiebewaking per telefoon of fax moeten doen, in plaats van in te kunnen bellen op het OZIS-netwerk.

#### Stichting Automatisering Gezondheidszorg Breda

De Stichting Automatisering Gezondheidszorg Breda (hierna: Stichting AGB of de Stichting) is een samenwerkingsverband van apotheken en huisartsen in Breda op het gebied van automatisering. De Stichting heeft tot doel: het bevorderen van de kwaliteit van de gezondheidszorg, communicatie tussen huisartsen en apotheken met betrekking tot de therapie en de ordening van de relevante gegevens van patiënten, de automatisering in de eerstelijnsgezondheidszorg alsmede wetenschappelijk onderzoek te bevorderen. De Stichting biedt voor het bereiken van deze doelen de deelnemers faciliteiten op het gebied van systeem- en bestandsbeheer, coördineert het bestandsbeheer en fungeert als houder van een persoonsregistratie in de zin van de WPR. De voornaamste taak van de Stichting

is het beheer van de Local Health Server (LHS) waar de apotheken en huisartsen op zijn aangesloten. De deelnemers aan de Stichting hebben door middel van de LHS toegang tot patiëntgegevens, medische dossiers en farmaceutische dossiers. De gegevens die opgeslagen zijn in de LHS zijn 24 uur per dag toegankelijk voor de aangesloten apotheken en huisartsen. De LHS wordt tevens gebruikt voor elektronisch receptenverkeer tussen huisartsen en apotheken en maakt daardoor integrale medicatiebewaking mogelijk.

Op 31 mei 2002 diende de Apotheek Princenhage een klacht in bij de NMa. Zij had toelating tot het samenwerkingsverband verzocht, die werd geweigerd. De weigering werd door de Stichting gemotiveerd met het vereiste dat de aanvraag voor deelname moet worden ingediend door ten minste 50% van de deelnemende apotheken en tevens dat de aspirant-deelnemer ten minste 3 maanden met de Pharmacom software moest hebben gewerkt. Princenhage voldeed niet aan deze voorwaarden.

De NMa stelt dat de in de Stichting samenwerkende apotheken aanzienlijke marktmacht hebben. De samenwerking tussen de deelnemers kan potentieel tot uitsluiting van derden leiden, omdat deze niet open is. De toelatingsprocedure volgt uit de niet-objectieve regels voor toelating in het Deelnemersreglement. Die objectiviteit is niet gewaarborgd omdat de toelatingsprocedure niet transparant, en de beslissing over toelating niet onafhankelijk is.

De apotheken maken de volgende opmerkingen. Niet alle apotheken in Breda zijn aangesloten op de LHS. Zes apotheken hebben een eigen elektronisch netwerk. Twee andere apotheken, waaronder Princenhage zijn op de LHS aangesloten door middel van een elektronisch brievenbus. Daarnaast is de inzage van de apotheken in de in de LHS opgeslagen gegevens beperkt tot de bestanden die noodzakelijk zijn voor de te verlenen zorg. Er wordt alleen op waarneembasis van gebruikgemaakt. Medicatiebewaking is op zichzelf niet wettelijk geregeld. Dit zou wel kunnen, op basis van de Wet BIG, maar de besluitwetgever heeft hier tot dusver van afgezien. De apothekers wisselen op dit moment gegevens uit op basis van zelfregulering.<sup>5</sup>

In de Richtsnoeren Zorg<sup>6</sup> heeft de NMa haar beleid ten opzichte van de samenwerkingsafspraken in de zorgsector neergelegd. Samenwerkingsafspraken zijn toegestaan wanneer verzekeraars of aanbieders de projecten niet zelfstandig kunnen uitvoeren. Daaronder vallen gezamenlijke waarneming en uitwisseling van patiëntendossiers. Een dergelijke samenwerking valt alleen onder het kartelverbod wanneer de betrokken ondernemingen gezamenlijk over een aanzienlijke marktmacht beschikken en de samenwerking tot uitsluiting van derden zou leiden. Voor het opzetten van een elektronische netwerk geldt hetzelfde. Weigering van de toegang mag dan ook alleen op basis van

4. *Gev. Zaken* 40-43, 48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73, *Suiker Unie*, Jur. 1975, p. 1663, r.o. 174.

5. De Nederlandse Apotheeknorm (NAN).

6. *Richtsnoeren voor de Zorgsector*, *Stcrt.* 25 oktober 2002, no. 206, p. 18.

objectieve criteria. Het beleid is aangevuld met de eis dat afwijzingen moeten worden gemotiveerd en er beroep op de rechter open staat.<sup>7</sup>

De NMa meent dat de voorwaarde dat de aspirant-deelnemer 3 maanden moet hebben gewerkt met de Pharmacom-apparatuur niet als objectief kan worden aangemerkt, nu geen criteria zijn vastgesteld wanneer de aspirant-deelnemer voldoende ervaring heeft opgedaan. Bovendien is deze voorwaarde volgens de tekst van het Deelnemersreglement een voorwaarde vooraf; dat de apotheken er een andere invulling aan geven (het werken op proef gebeurt pas als de aansluiting is verzekerd) doet daar niet aan af. Daarnaast is de eis dat het verzoek om toelating moet worden gedaan door 50% van de deelnemende apotheken niet objectief en transparant, nu het Deelnemersreglement geen criteria bevat op basis waarvan de Apotheken hun steun aan aspirant-deelnemers mogen weigeren. Voorts voorziet het Deelnemersreglement niet in bekendmaking van de motieven tot weigeren.

Het criterium van 'onderling vertrouwen' in het Deelnemersreglement kan eveneens de toets der kritiek niet doorstaan. Volgens de NMa impliceert 'onderling vertrouwen' collegialiteit, het zich onthouden van concurrentie jegens elkaar en het delen van concurrentiegevoelige informatie. De stelling van partijen dat 'onderling vertrouwen' een relevant en gerechtvaardigd criterium is in verband met de kwaliteit, stelt de NMa dat het criterium in de onderhavige omstandigheden niet als maatstaf kan worden gehanteerd omdat het niet objectief te meten is. Bovendien is 'onderling vertrouwen' niet nodig voor het goed functioneren van de LHS. Om te garanderen dat alle deelnemers aan de LHS op de juiste wijze omgaan met het netwerk kan de Stichting immers objectieve eisen stellen aan het gebruik van het netwerk. Ten slotte concludeert de NMa dat de voorwaarden voor toelating en de toelatingsprocedure tekortschieten omdat er geen bezwaar en beroep tegen open staat.

## Zorg en mededinging

De besluiten zijn verschillend van aard, maar hebben enige overeenkomsten. Om te beginnen is de zorg een beleidsterrein waar concurrentie nog heel jong is. Weliswaar wordt al zo'n jaar of twintig gepraat over invoering van marktwerking in de zorg,<sup>8</sup> tot voor kort bleef de zorgsector gereguleerd en werd concurrentie slechts mondjesmaat toegelaten.<sup>9</sup> Deze aarzelande houding van de overheid heeft als gevolg dat entiteiten in het zorgveld, ondanks het feit dat zij ondernemingen zijn<sup>10</sup> en diensgevolge onder mededingingsrecht<sup>11</sup> vallen, niet altijd even goed raad weten met de mate waarin zij nog mogelijkheden hebben om onderlinge afspraken te maken. Deze overheidsregulering van het veld heeft tot 1 januari 2003<sup>12</sup> zijn spiegelbeeld gehad in artikel 16 Mw dat een groot deel van de zorgsector voor de werking van deze wet behoedde.

Nu de NMa de zorg tot prioriteit heeft verklaard en de wetgever concurrentie in de zorg als wenselijk ziet, zal

deze attitude moeten veranderen. De vraag is echter tot hoever deze verandering moet gaan. Betekent dit dat geen enkele afspraak meer mogelijk is? En moet de NMa iedere, op zichzelf toegestane afspraak, toetsen aan de mogelijkheid concurrentie te vergroten? Wat betekent dat voor de reikwijdte van de handhavingsbevoegdheid van de NMa?

## De omvang van de handhavingsbevoegdheid

De NMa oefent met betrekking tot de artikelen 6 en 24 Mw slechts toezicht ex post uit.<sup>13</sup> Dit betekent dat de NMa overtredingen van de Mededingingswet mag sanctioneren maar geen regels ex ante mag opleggen. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld de OPTA, die op basis van de Telecommunicatiewet deze mogelijkheid wel heeft voor ondernemingen in een dominante positie. OPTA kan ex-ante verplichtingen opleggen, die de wijze waarop op de telecommunicatiemarkt geconcentreerd moet worden bepaalt. De NMa mag dit niet.

De samenwerkende Apotheken in Assen claimen dat de NMa haar handhavingbevoegdheid heeft gebruikt om de verstrekking van medische gegevens te reguleren. Wat zij niet stelden is, dat de NMa ook anderszins regulerend heeft opgetreden. De NMa oordeelde immers dat, indien bepaalde elektronische middelen gebruikt worden voor een op zichzelf met het mededingingsrecht verenigbare waarneemregeling, deze middelen zodanig moeten worden gebruikt dat de concurrentie er mee gediend wordt. Is het gebruik beperkt tot de waarneemregeling dan is dit concurrentiebeperkend. Hiermee vult de NMa haar handhavingsbevoegdheid in als een bevoegdheid tot reguleren. De enige motivering van de NMa voor deze invulling is het weinig open karakter van de markt waar deze vermeende concurrentiebeperking plaatsheeft.

De vraag is of de NMa met deze invulling van de handhavingsbevoegdheid niet op de stoel van de wetgever is gaan zitten. De ex-posttoezichtbevoegdheid van de NMa betekent dat er een expliciete overtreding van de bepalingen

7 Beschikking van 13 december 1985, London Sugar Futures market Limited, *Pb.* 1985, L 396/18; Beschikking van 13 december 1985, London cocoa terminal market, *Pb.* 1985, L 396/28; Beschikking van 31 juli 2001, Indentus, *Pb.* 2001., L 249/12.

8 E Steyger, 'Het Europese recht en nationale stelsels van sociale zekerheid. Deel 1 en 2', *SMA* 1994 blz. 8-19 en *SMA* nr. 2, 1994 blz. 71-78; H.E.G.M. Hermans, *Zorg en markt in historisch en huidig perspectief*, Kluwer, Deventer 1991.

9 J. W. Van de Gronden, 'Mededingingsrecht en gezondheidszorg', *M&M* nr. 8, 2001 blz. 267-279; zie ook het WRR-rapport, Volksgezondheidszorg, rapport no. 52, Den Haag 1997.

10 *Gev. zaken* C-180/98-C-184/98, Pavlov, *Jur.* 2000, p. I-6451.

11 De verwarring blijft nu Nederlandse rechters oordelen dat sommige van de entiteiten zoals ziekenhuizen naast ondernemingen tevens aanbestedende diensten zijn, (Voorzieningenrechter Rechtbank Breda, 30 november 2004, 137513/KG, LJN: AR7227).

12 Artikel 16 bevatte een uitzondering voor besluiten die onderworpen waren aan preventieve of repressieve controle van een bestuursorgaan. Voor veel besluiten in de zorgsector is dit het geval. Artikel 16 bevatte een horizonbepaling van 5 jaar.

13 De enige ex-ante toezichtbevoegdheid van de NMa is gelegen in concentratiecontrole. Dat is hier niet aan de orde.

gen van de mededingingsregels (artikel 6 Mw/81 EG) moet zijn. Van een overtreding van deze artikelen is sprake wanneer een afspraak tussen verschillende ondernemingen de concurrentie beperkt én deze niet is toegelaten op grond van artikel 6, derde lid, Mw/artikel 81, derde lid, EG. Maar is er ook van een overtreding sprake wanneer een concurrentiebeperkende afspraak die op zich niet in strijd is met genoemde artikelen,<sup>14</sup> ook zodanig zou kunnen worden gemaakt dat de concurrentiebeperking (mogelijk) minder zou (kunnen) zijn?

Wanneer we aannemen dat iedere concurrentiebeperking *altijd* in strijd is met het mededingingsrecht dan zouden alle ondernemers die een, op zichzelf geoorloofde, afspraak maken, zich voortdurend moeten afvragen of zij de minst concurrentiebeperkende variant hanteren.<sup>15</sup> Daarbij is het niet van belang dat de afspraak voldoet aan de criteria van respectievelijk artikel 6, derde lid, Mw en artikel 81, derde lid, EG, waarin ook het criterium dat geïnteresseerden bij aansluiting onder de voorwaarden van de afspraak moeten worden toegelaten, is vastgelegd. Deze uitleg van de artikelen 6 Mw en 81 EG verplicht ondernemers tot het hanteren van een benadering van de door hen gemaakte afspraken, waarin zij niet toetsen of zij niet in strijd handelen met genoemde artikelen, maar toetsen of zij alles doen om de concurrentie te bevorderen. Deze verplichting leidt niet alleen tot grote verschillen met de gebruikelijke benadering, waarin de afspraken als zodanig getoetst worden aan het kartelverbod, maar heeft tevens gevolgen wanneer gedurende de looptijd van de afspraak nieuwe elektronische technieken worden geïntroduceerd die op verschillende manieren aangewend kunnen worden. In dat geval leidt de benadering die de NMa nu hanteert ertoe dat de reeds geldende afspraak herzien moet worden om de, opnieuw, minst concurrentiebeperkende variant te introduceren. En de NMa kan dit afdwingen door middel van bestuurlijke boete of een last onder dwangsom.

Het is de vraag of de NMa hiermee niet verder gaat dan de Commissie bij de toepassing van artikel 81 EG zou kunnen.<sup>16</sup> Artikel 81 EG (artikel 6 Mw) verbiedt ondernemersafspraken die ten doel hebben dan wel het effect hebben de mededinging te beperken. Dit impliceert dat afspraken die aan dat criterium voldoen achteraf kunnen worden aangepakt, maar niet dat een afspraak kan worden voorgeschreven, die als wenselijk gedrag moet worden gezien.

Dat laatste is wat de NMa ten aanzien van de Apothekers in Assen doet. Er is geen bezwaar tegen een waarnemingregeling als zodanig, maar wel tegen de wijze waarop de elektronische hulpmiddelen voor de waarnemingregeling worden aangewend, nu deze op een meer concurrentiebevorderende manier kunnen worden gebruikt. Daarmee is het sanctioneren van een mededingingsbeperkende afspraak geconverteerd in het voorschrijven hoe eventuele mededinging kan worden bereikt.

De tweede zaak betreffende de apotheken te Breda is minder duidelijk dan de Assense. Deze zaak betreft wél de criteria voor deelname aan het samenwerkingsverband. Het is wel degelijk aan de NMa om een oordeel te vellen over

de weigering tot toelating tot een samenwerkingsverband. De omvang van de handhavingsbevoegdheid is inzake Breda slechts zijdelings in het geding, namelijk waar het de omvang van de verstrekking van gegevens betreft.

Wel is het de vraag op welke wijze de NMa binnen het kader van de handhavingsbevoegdheid moet toetsen. Ook hier is de rechtmatigheid van de samenwerking als zodanig niet in het geding. De vraag is alleen of de criteria zoals hiervoor omschreven als rechtmatige weigeringscriteria kunnen gelden.

De NMa heeft vooral gekeken naar de objectiviteit van de toelatingscriteria en vastgesteld dat deze niet als objectief kunnen worden aangemerkt. Wat betreft het criterium van 'onderling vertrouwen' heeft de NMa dit als niet werkbaar aangemerkt. Dit laatste is merkwaardig aangezien de Richtsnoeren voor de Zorg het criterium 'onderling vertrouwen' expliciet noemen als een mogelijke toelatingsvoorwaarde tot een waarnemingregeling. Mogelijk heeft de NMa de criteria die voor de waarnemingregelingen gelden niet toepasbaar geacht op de samenwerking in Breda omdat dit een breder doel heeft dan alleen waarneming. Niettemin is de stelling van de NMa op zijn zachtst gezegd vreemd in het licht van de Richtsnoeren. Nu de NMa zelf het criterium als toetsingscriterium noemt, is het aan de NMa om voor die objectivering zorg te dragen.

De NMa had het vertrouwenscriterium kunnen objectiveren door de twee meest verdachte toelatingsvoorwaarden (proeftijd en de toelatingsprocedure voor deelname) daaraan te toetsen. Daarmee zou de NMa het criterium 'onderling vertrouwen' inhoud hebben gegeven, en niet slechts hebben geconstateerd dat het deze toelatingscriteria niet objectief zijn. Even los van wat in dat geval de uitkomst voor het samenwerkingsverband zou zijn: op die wijze had de NMa de Richtsnoeren Zorg inhoud gegeven, en haar beleid voor nieuwe samenwerkingsverbanden kenbaar gemaakt.

In tegenstelling tot de zaak van Dienstapothek Assen kan met betrekking tot de Bredase apothekers niet worden gezegd dat de NMa haar handhavingsbevoegdheid verregaand heeft overschreden. Wel heeft de NMa een weinig helder beeld geschapen van haar beleid, door een criterium uit de Richtsnoeren als onbruikbaar te kwalificeren en vervolgens zonder een helder beleidskader tot een vrij vergaand handhavingsbesluit te komen.

### De zorgmarkt als rechtvaardiging

In beide zaken beroept de NMa zich ter rechtvaardiging van haar optreden op de structuur van de zorgmarkt.

14 Richtsnoeren voor de Zorg, a.w. paragraaf 118 e.v.

15 Het beleid van de NMa op dit punt is in tegenspraak met genoemde Richtsnoeren, zie paragraaf 123.

16 In de zaken T-219/99, British Airways, Jur. 2003 n.n.g., en 322/81, Michelin vs. Commissie Jur. 1983, p. 3461 lijkt de Commissie een vergelijkbare benadering te hanteren maar deze hebben betrekking op artikel 82 EG dat een iets ruimere bevoegdheid biedt voor het opleggen van positieve verplichtingen.



De zorgmarkt begint onder invloed van overheidsbeleid langzaam een zekere mate van concurrentie, waar het veld tot voor kort voornamelijk samenwerkte. Volgens de NMa moeten, op zo'n langzaam liberaliserende markt, de deelnemers tot zoveel mogelijk concurrentie worden aangemoedigd. De NMa stelt dat de markt gekenmerkt wordt door een drietal factoren: geringe verschuivingen op de markt voor apotheken, geringe patiëntenmobiliteit en geringe verschillen in prijzen voor geneesmiddelen. Deze factoren leiden ertoe dat er weinig concurrentie bestaat tussen apotheken. Echter, sinds 1 april 2000 mogen de ziekenhuisapotheken op grond van een wijziging van de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening (WOG) geneesmiddelen ook afleveren aan patiënten die niet in het ziekenhuis zijn opgenomen. Met deze wijziging is de concurrentiële ruimte aanmerkelijk verruimd. Ook op andere fronten wordt de markt voor farmaceutische hulpverlening verruimd in die zin dat ook drogisterijen worden uitgebreid met apotheken. De NMa dient er bijgevolg op toe te zien dat deze concurrentiële ruimte niet door apotheken wordt beperkt.<sup>17</sup> Met andere woorden: de NMa vindt dat wanneer de wetgever concurrentie mogelijk maakt de NMa gehouden is er voor te zorgen dat deze daadwerkelijk plaatsvindt.

De vraag is of het enkele feit dat een markt nog 'in de groei' is, en diensgevolge mogelijk enige stimulering kan gebruiken, een wijziging rechtvaardigt van de wijze waarop de NMa haar bevoegdheden gebruikt, dan wel in de toepassing van artikel 81 EG/6 Mw. Op zich zijn het de marktomstandigheden en de structuur van de marktomstandigheden die moeten worden meegewogen bij de toepassing van artikel 81 EG op een overeenkomst die een zeker concurrentiebeperkend effect heeft. In diverse uitspraken heeft het Hof geoordeeld dat niet geheel in abstracto en zonder onderscheid mag worden aangenomen dat elke overeenkomst die de handelingsvrijheid van partijen of van één van hen beperkt, noodzakelijkerwijs onder het verbod van artikel 81, eerste lid, EG valt.<sup>18</sup> Het Hof oordeelt dat bij het onderzoek naar de toepasselijkheid van artikel 81 EG rekening moet worden gehouden met de concrete situatie waarin zij effect sorteert, in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de producten en/of diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.

Genoemde uitspraken van het Hof betreffen echter de vraag of deze marktomstandigheden de toepasselijkheid van artikel 81 EG uitsluiten en diensgevolge meer ruimte laten voor de marktdeelnemers. Ik betwijfel of de redenering kan worden omgedraaid, namelijk dat de bijzondere omstandigheden op een markt tot gevolg hebben dat de toepasselijkheid van artikel 81 EG/6 Mw juist op ruimere wijze moet worden uitgelegd. In dat geval zou de afhankelijkheid van de structuur van de markt mogelijk ten nadele van de marktdeelnemers gaan werken. De verruimde artikelen 81 EG /6 Mw kunnen dan immers tot handhaving lei-

den terwijl dat vooraf niet te zien of te verwachten viel.

Naar mijn mening is het feit dat een markt nog niet volkomen is geen rechtvaardiging voor marktordenend in plaats van handhavend opgetreden, zonder dat er een wettelijke uitbreiding van de ex-post-handhavingsbevoegdheid tot een bevoegdheid tot het ex-ante opleggen van regels heeft plaatsgevonden. Zolang de Mw niet voorziet in ex-ante-bevoegdheden (waarvan het bestaan voor de zorgmarkt misschien best te rechtvaardigen zou zijn) is de regulerende wijze waarop de NMa in de zaak van Dienstapotheek Assen optreedt, een overschrijding van de handhavende bevoegdheid ten aanzien van artikel 6 Mw. Het enkele feit dat de structuur van de markt te wensen overlaat impliceert niet dat de handhavingsbevoegdheid van de NMa van karakter verandert. Als een proactieve houding van de NMa wenselijk is, dan ligt ook hier een taak voor de wetgever, ook al zal daarmee een afwijking van het Europese recht waarop de Mededingingswet aansluit worden gecreëerd.<sup>19</sup>

## Conclusie

Nu de zorgmarkt wordt geliberaliseerd impliceert dit een rol voor de NMa in een veld dat tot voor kort meer op samenwerking dan op concurrentie gericht was (en dat misschien nog wel is). De eerste stappen die de NMa ten aanzien van dit veld zet moeten dan ook met belangstelling worden bekeken.

Met de rechtvaardiging dat deze stugge markt nog tot volle wasdom moet komen, heeft de NMa in de zaak van de Dienstapotheek Assen de toepassing van de Mw voortvarend ter hand genomen. Er wordt een positief concurrentiële attitude van de marktdeelnemers geëist. Deze eis heeft tot gevolg dat de NMa marktordenend (ex-ante regulerend) optreedt. Met het voorschrijven van wenselijk gedrag om meer concurrentie af te dwingen overschrijdt de NMa echter de in artikel 6 Mw/81 EG neergelegde bevoegdheid.

In de zaak van de Bredase apothekers is de NMa wel binnen haar bevoegdheden gebleven, maar heeft zij gebruikgemaakt van een toetsingskader dat onduidelijk is, waarbij zij één van de criteria uit het eigen beleidskader als onbruikbaar kwalificeert. Dit komt de duidelijkheid van het optreden van de NMa niet ten goede.

Geen van beide samenwerkingsverbanden heeft na de besluiten verder geprocedeerd. Dit is jammer omdat het optreden van de NMa niet rechterlijk getoetst is en dus geen duidelijkheid is ontstaan over de rechtmatigheid ervan. In een zorgmarkt waarin aanbieders steeds meer te maken krijgen met de NMa zou het goed zijn wanneer de grenzen van het optreden van de NMa op de zorgmarkt zo snel mogelijk helder worden.

17 Geparafraseerd uit het Besluit Dienstapotheek Assen, overweging 35.

18 Zaak T-112/99, Metropole Television, Jur. 2001 p. II-2459; zie ook zaak 399/93, Oude Luttikhuis, Jur. 1995 p. I-4471.

19 Niet de eerste keer. Artikel 122 van het Wetsvoorstel Zorgverzekeringswet bevat eveneens zo'n afwijking (EK 2004/2005 no. 29 763 A).